

民事契约论与中国婚姻家庭法

魏建文

(厦门大学法学院,福建 厦门 361005)

摘要:我国《婚姻法》受前苏联婚姻家庭学的影响,对“资本主义婚姻家庭关系契约化、商品化”持批判态度。文章通过对婚姻的社会背景、内涵、实践意义的分析,认为婚姻是当事人间的协议,当事人既可以协议建立婚姻,也可以协议解除婚姻,即婚姻的本质就是契约。

关键词:民事契约;婚姻家庭法;婚姻

中图分类号:D913

文献标识码:A

文章编号:1008 - 1674(2001)06 - 0034 - 04

The Theory of Civil Contract and China's Marriage & Family Law

Wei Jianwen

(Law Department, Xiamen University, Xiamen, Fujian 361005)

Abstract: Marriage had been looked on as a contract or a civil action in the capitalist countries. This opinion has been strongly animadverted in China's *Marriage Law* enacted in 1950, which was greatly influenced by U. S. S. R 'marriage and family law. Nowadays there are still some different opinions against the theory of "marriage contract". The author holds that the value of a certain phenomenon should be reviewed from its social background and its significance in practice. Marriage, which is the arrangement between two parties, has the essence of contract, through which the parties can not only celebrate but also dissolve the marriage. Thus, marriage should be defined as kind of contracts.

Key words: civil contract; marriage and family law; marriage

从罗马法开始,就认为市民生活包括两个方面,一是财产关系,一是家庭婚姻关系。这是私人生活和私人利益的两个主要方面。罗马法中的婚姻家庭法规范是作为身份法的一个重要组成部分,其中婚姻行为作为一种法律行为包含自愿的私法原则,但不平等。到了近代资产阶级的婚姻立法,时代对婚姻关系的要求就不仅是自愿,而且要求双方地位平等。契约的思

想正符合这个要求。婚姻契约,其核心在于自愿与平等,是资产阶级革命中“自由、平等、博爱”精神在婚姻关系中的体现,反映了婚姻制度由封建的人身依附关系到资产阶级的新式婚姻制度的根本转变,因此近代以来的资本主义国家将婚姻作为一种契约,一种民事行为。

一 婚姻性质的历史嬗变

收稿日期:2001 - 04 - 28

作者简介:魏建文(1968 -),湖南邵阳人,厦门大学法学院民商法硕士研究生,主要从事民法学研究。

关于婚姻性质这一课题,中外学说林立。笔者探讨婚姻的性质,试图探寻婚姻这一身负连结“自由人”与“身份人”重任的亲属法基础概念之一的特征,以获取一些启示。

婚姻契约说自1791年法国革命宪法规定“法律仅承认婚姻为市民契约”始风靡一时。英国学者布莱克斯顿(Blackstone)说:“我们的法律,除以民事契约之观念外,别无他途径以规律婚姻。”^[1]当事人缔结婚姻时,第一,应有缔结婚姻契约之意思;第二,应有契约能力;且应依照法定之适当方式与仪式,而现实的缔结婚姻时,该婚姻始能有效成立。^[2]契约学说的代表人康德(kant)主张:应承认婚姻关系为“性的共同体”,一个人与其婚姻契约的相对人,应将各自的性器官和性能力供以终身相互使用,且因使用而得到某种快乐的结合,即婚姻。婚姻契约不是任意的契约,而是基于人性自然法则必要的契约。既然异性男女可自然的使用对方的性特征物而为享乐,故从被使用的一方而言,则无所谓“人格”,而与所谓的“物”,别无二致。^[3]契约说认为,独立意思主体的当事人即夫妻处于平等地位,且由其意思一致而产生夫妻权利义务关系,据以约束婚姻当事人,故结婚行为与财产法上的契约实无异样。在英美法系上的结婚行为,通说亦采契约说,其解释婚姻契约应具备民事契约的一般性质,如当事人应有缔结婚姻契约的意思,应有契约能力,应以法定适当方式进行,婚姻始为有效。自19世纪以来,仅视婚姻为民事契约的见解,为英国社会所支持。在美国大多数州法,亦明文规定婚姻具有民事契约性质。

从立法上看,把婚姻当作契约,最早见于1791年法国宪法,其第7条规定:“法律上承认婚姻是一种民事契约”,随后制定的《拿破仑法典》(即1804年《法国民法典》),作为法国资产阶级大革命的产物和资产阶级国家最早的一部法典,肯定了婚姻是契约,强调当事人在婚姻关系中自愿而平等。受其影响,资本主义国家在制定民法典时多采此观点,例如,《葡萄牙民法典》第1577条就婚姻作了如下定义:“婚姻是两个异性的人之间根据本法典的规定,意在以完全共同的生活方式建立家庭而订立的合同。”^[4]

关于婚姻性质,尚有制度说,强调婚姻行为效果的制度化、法定性;合一行说,将婚姻行为解释为不同于契约行为的另一种法律行为,以当事人平行的意思表示为特征。^[5]状态说学者认为,个人欲将自己置于一一般的、普遍的法律状态,所为意思表示时,当事人应受一般的、普遍的法律所约束,即婚姻虽须双方当

事人的意思合致,但此意思的合致,是以既存的法定婚姻效果适用于婚姻当事人为其条件,故在婚姻缔结以后,当事人之间即形成夫妻身份。

我国1950年颁布的《婚姻法》深受当时苏联婚姻家庭法学影响。当时苏联法学界普遍认为,家庭法“脱离民法而独立存在,系含有原则性的。民法的对象,主要的是财产关系。而家庭法的对象是由婚姻、血统、收养收留教养儿童所发生的关系。”^[6]为了适当地处理婚姻-家庭关系所要关心的,较之仅仅对适当处理财产关系的关心,要更加广泛,更加多方面。^[7]很显然,上述观点是建立在对民法调整对象(主要)为财产关系的单一界定之上。由此又引出对“资本主义婚姻家庭关系契约化、商品化”的严厉批判。由于特定的历史政治原因,五十年代的中国婚姻家庭学界基本接受了这套观点并付诸立法实践,成为划清社会主义与资本主义法律界限的标志之一。^[8]十一届三中全会后至今,随着我国社会主义市场经济体制的逐步建立及十五大依法治国战略目标的确立,婚姻家庭法自身不断完善健全,对此持肯定态度的逐渐增多。^[9]“婚姻契约”所体现的价值取向很可能可以发挥它曾在西方历史上发挥过的同样重要的作用。与此同时,我国学界对于婚姻契约说尚心存异议,有观点认为契约体现的“利益交换”、“商品化”不利于“婚姻领域的社会主义精神文明建设和法制建设。”^[10]以前苏联为代表的社会主义国家大多认为婚姻不是契约,我国学者大多沿袭苏联的观点,认为将婚姻看作契约,有悖于社会主义道德观念。^[11]

众多学说对婚姻契约性质的批判皆从婚姻与普通民事契约的重大差异入手。此差异的存在无可置疑。然而即使在财产契约内部,大陆法系(尤其是德国)承认的物权契约与债权契约概念之间即颇多相异之处;视婚姻为契约家族内特殊的一族“身份契约”,兼而体现身份法与契约两方面的特色,作为契约概念的发展,亦非不可。我国现行教材中已有表述:“民法上的合同多种多样,例如有物权合同、债权合同、身份合同等。”^[12]承认了身份合同的地位。可以认为符合契约要件的,类似于财产合同中典型合同的身份合同,亦可达成理论上的自圆其说。

二 契约是婚姻的应有之义

(一)婚姻契约原理可为一些具体问题提供分析工具。包括结婚要件与无效婚姻的确认,夫妻间权利的让渡与保留,法律对离婚理由的确定,通奸而侵害配偶权的损害赔偿,以及法定或约定财产制的性质。就通奸行为侵害配偶权的法律后果来分析,较多学者

倾向于此项行为侵害了妻或夫的名誉权。我国新婚姻家庭法已规定了夫妻互负忠实义务,即要求对方忠实的权利成为配偶权的一部分,则对于通奸的配偶一方大可不必舍近求远向名誉权寻求请求权基础,直接参照违约行为的民事责任请求损害赔偿即可。

(二)财产和身份关系体现出婚姻契约性。契约的内容应是权利义务,反映在婚姻中包括身份关系和财产关系两方面。其一,就夫妻财产关系而言,刚修正过的现行《婚姻法》第19条规定:“夫妻可以约定婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产归各自所有、共同所有或部分各自所有、部分共同所有。”这是借鉴国外先进经验,结合我国国情制定出符合中国特色的夫妻财产制:规范夫妻法定财产制、丰富完善约定财产制、建立夫妻个人财产制,有利于改变旧体制下的平均主义作法。夫妻财产关系尤其是约定财产关系具有显著的契约特点。《德国民法典》将其称为“婚姻合同”,《法国民法典》则称为“财产契约”。其二,在身份关系方面亦体现出婚姻的契约性。由于婚姻双方的特定身份关系,决定了各自在婚姻中的一系列权利义务,这些权利义务是由法律直接规定的,诸如夫妻姓名权、人身自由权、住所选定权、同居与忠实义务和计划生育义务等。这些在我国《婚姻法》中基本上都有相应规定。法律的规定是从利用公共权力对主体加以保护的角度着想的,并非对主体意志的干涉,上述权利义务是法定的,可以看成是婚姻契约的法定内容或条款。男女双方自愿达成婚姻协议就意味着对法定权利义务的默认。近年来有学者对别居制度进行探讨,实际上其是夫妻双方在维持婚姻契约基础上对婚姻契约内容所进行的修正,尽管我国现行法律未加以规定,但这在许多国家法所允许。^[11]此外,离婚赔偿制度亦体现了婚姻一方当事人因其行为违反婚姻义务而产生违约责任,由违约致对方感情受损害,由婚姻解除致对方再婚利益受影响,对此当事人理应承担违约赔偿。

(三)婚姻契约的实践意义。其一,有利于婚姻关系的稳定,预防和及时处理婚姻纠纷。婚姻家庭的稳固关系到社会的稳定。“婚姻自始至终是诸社会关系的纽带和社会制度安排的缩影,更现实地说,婚姻从来就不纯粹是个人的私事”。^[12]婚姻契约有助于增强当事人的责任感,契约是由当事人双方达成的,因此双方要谨守契约规定,认真履行义务,否则要承担相应法律责任。同时,视婚姻为契约,在缔结婚姻契约时,将有关财产及对子女的抚养加以约定,则权利义务关系清楚了,双方按约定履行抚养子女义务,按

约定处理财产纠纷,有利于预防、减少不必要的纠纷,即使发生纠纷也易于处理。其二,有利于婚姻观念的更新,促进婚姻法学的发展。例如,老年人再婚不自由是一个普遍的问题,主要是来自双方子女的干涉。其着眼点多与财产有关,子女担心将来可继承财产旁落他人而加以阻挠。承认婚姻契约,则老年人可对其财产加以约定,有利于处理与双方子女关系而实现婚姻自由。与此同时,利用契约对不合理的夫妻法定财产制加以完善,允许当事人双方进行约定,对于有过错的婚姻一方当事人,根据契约追究其责任。以此促进了婚姻法学责任机制的形成。^[13]

三 完善我国婚姻家庭法的构想

伴随社会的变革与发展,在多重社会力量复合作用下,我国婚姻家庭关系交织在中西冲突、传统与现代的对抗和吸纳之中,人们的观念和行为准则呈现出多元价值取向,新情况、新问题大量涌现。对此,必须运用民事契约理论,完善婚姻家庭立法,提高和强化其社会权威与力度,提供明确的价值选择标准。

(一)完善协议离婚制度。我国现行《婚姻法》第31条规定“婚姻登记机关查明双方确实是自愿并对子女和财产问题已有适当处理时,发给离婚证。”但对“确实自愿”和“适当处理”未明确指明,其规定过于简单和笼统,易于造成适用法律的困惑,不利于督促婚姻登记机关履行监督的职责。为弥补上述不足,应进一步明确协议离婚的条件。其一,协议离婚的双方,必须具有完全民事行为能力的婚姻当事人。如一方或双方为限制或无民事行为能力人,其离婚问题只能通过诉讼程序解决。其二,当事人达成离婚协议,应是双方合意的必然结果。因受对方或第三者欺诈、胁迫或因重大误解而作出离婚的意思表示无效。其三,为保护未成年人及善意当事人合法权益,离婚协议书应写明如下内容:双方当事人的离婚意思表示;子女由何方抚养,抚养费的数额、给付的方法和期限;各项财产的归属、数量和价值;各项债务的清偿责任;住房问题的解决方案;离婚一方对生活困难一方的经济帮助方法及期限等。如此,则可极大避免婚姻登记人员的主观随意性,减少夫妻财产分割不公平和子女抚育费给付不合理等情事发生。

(二)健全夫妻约定财产制。我国婚姻法应进一步强化约定财产制在夫妻财产制中的地位。其一,明确规定约定的条件。约定财产制的主体,应是具有完全民事行为能力的婚姻当事人;约定的意思表示必须真实、自愿;约定的内容必须合法并符合社会公德,禁止利用约定规避法律和侵犯第三人的合法权益;约定

应采取书面形式,最好经公证机关公证。其二,明确界定约定的范围。婚姻当事人可就双方或一方婚前或婚后财产进行约定;婚姻当事人对财产制的约定只能以各种共同财产制和分别财产制为限;婚姻当事人可就财产的所有权、使用权、收益权、管理权及其它合法权益进行约定。其三,严格规定约定的效力。当事人关于财产关系的约定,可在婚前或婚后进行。凡在婚前订立的约定,应于双方结婚之日生效。凡在婚后订立的约定,自订约之日生效。为便于公民充分行使对财产约定的自主权,顺应我国夫妻财产状况日益复杂化和多样化趋势,在不违背法律和社会公德的前提下,婚姻当事人可以对财产约定附加条件或期限,可以对财产约定进行变更或撤销,但变更或撤销必须采取书面形式,并经公证机关公证。

结 语

英国著名历史学家梅因在《古代法》中将人类社会的发展过程概括为从“身份到契约”。“所有进步社会的运动,到此为止,是一个‘从身份到契约’的运动。”^[14]这个概括被法学家艾伦(C. K. Allen)誉为“全部英国法律文献中最著名的”文句。我们不难想到,随着社会的进步和市场经济体制的建立以及市民社会的逐步完善,契约在婚姻中的反映愈加明显。

由于我国长期以来的计划经济体制对契约的否定和限制,反映在婚姻关系中的思想也是相当保守的。^[15]目前,我国正大力发展市场经济,主体平等、自由意志等观念深入人心,因此,发展市民社会,实现婚姻契约化,将是历史的必然选择。

参考文献:

- [1] 陈棋炎. 亲属、继承法基本问题[M]. (台)三民书局,1980.
- [2] 巫昌祯. 婚姻与继承法学[M]. 中国政法大学出版社,1997.
- [3] 方文晖. 论婚姻在法学上的概念[J]. 南京大学学报,2000(5).
- [4] 陈棋炎. 亲属、继承法基本问题[M]. (台)三民书局,1980.
- [5] (苏)斯维尔特洛夫. 苏维埃婚姻 - 家庭法[M]. 作家书屋,1954.
- [6] 马忆南. 二十世纪之中国婚姻家庭法学[J]. 中外法学,1998(2).
- [7] 马俊驹,余延满. 民法原理(下)[M]. 法律出版社.
- [8][9] 杨大文主编. 亲属法[M]. 法律出版社,1997.
- [10] 崔建远著. 合同法[M]. “九五”规划丛书,法律出版社,1998.
- [11][15] 夏国英. 论婚姻是一种契约[J]. 法学家,2001,(2).
- [12] 谌洪果. 法律能做什么[J]. 法律科学,1999,(5).
- [13] 夏国英. 论婚姻是一种契约[J]. 法学家,2001(2).
- [14] 梅因. 古代法[M]. 商务印书馆,1959.